

Introdução

O tema em discussão no Volume 8 da excelente revista dirigida por Marcelo Lamy, a Revista Brasileira de Direito Constitucional — RBDC — da Escola Superior de Direito Constitucional — ESDC — versa sobre a ética e a Constituição, tema permanentemente refletido pela área acadêmica e de escassa meditação pelos agentes políticos no poder. Pretendo abordá-lo à luz dos Direitos Econômico e Constitucional. À época que lecionava como titular das matérias nos cursos de pós-graduação da Universidade Mackenzie, tinha-os presentes para debate entre os alunos durante todo o curso.

1. Princípio com considerações filosóficas

Miguel Reale, ao elaborar uma nova visão da teoria tridimensional do direito, ofertando a dialética da complementaridade e mostrando a interação entre fato, valor e norma, que produz nova interação por força de novas tensões veiculadas pela jurisprudência ou pelo trabalho legislativo, não deixou de enfrentar questão que considerou de particular relevância, qual seja, a das três fases que permitem a percepção do direito aplicado.¹ São elas, a dos fundamentos do direito natural, a resultante do direito positivo e a consequência do direito interpretado. Os primeiros indicam as vertentes, embora em uma visão historicista-axiológica; a segunda conforma a lei posta pelos produtores da norma; e a terceira, a aplicação da lei em face do trabalho hermenêutico de intérpretes e do Judiciário.²

* Professor Emérito das Universidades Mackenzie e UNIFMU, da Escola de Comando e Estado Maior do Exército. Presidente da Academia Paulista de Letras, do Conselho de Estudos Jurídicos da Federação do Comércio do Estado de São Paulo e do Centro de Extensão Universitária – CEU.

¹ Teoria Tridimensional del Derecho (Editorial Tecnos, 1997).

² Miguel Reale, inclusive, oferta tratamento tridimensional à percepção da conduta ética ao dizer: “É no plano específico da conduta ética, mais do que no plano da ação prático-econômica, exatamente em razão de seu projetar-se necessário e geral para ações futuras, que a tridimensionalidade se mantém como característica ou traço essencial, sem jamais se resolver em uma unidade capaz de pôr termo à tensão entre fato e valor. Não se trata, em tal caso, de expressar-se um juízo, de formular-se uma lei; nem tampouco de subordinar-se um conteúdo à plasticidade de uma forma. Trata-se de modelar-se o homem mesmo, de ‘legalizar-se’ ou de ‘formalizar-se’ o ser humano que é essencialmente liberdade e inovação: daí o caráter provisório, insuficiente de toda norma ética particular, cuja universalidade ética reside na tensão inevitável que a liberdade espiritual estabelece entre a realidade e o ideal. É a razão, segundo nos parece, pela qual a experiência ética apresenta sempre uma tensão e uma implicação necessárias, perenemente renovadas, entre dadas circunstâncias de fato e o plano das estimativas, o que se reflete na natureza e no devir de suas normas” (*Filosofia do Direito*. 2ª. ed., vol. II. Ed. Saraiva. 1957, p. 366).

Lembra o eminente mestre e orgulho da Filosofia e do Direito brasileiros que a teoria tridimensional não é nova, rememorando mesmo os escritos de Vanini e Del Vecchio, em que já visualizavam uma faceta “gnosiológica”, outra “fenomenológica” e outra “deontológica” no Direito. Acrescenta, todavia, que em sua concepção original e universal, o Direito corresponde à normatização dos fatos influenciados por valores.

Na sua concepção, o filósofo, o sociólogo e o jurista poderiam examinar as mesmas realidades, o primeiro voltado mais à deontologia ou aos valores, o segundo à fenomenologia ou aos fatos e o terceiro à norma ou a “gnosilogia jurídica”³.

O Direito, portanto, não se reduz a uma instrumentalização normativa, mas é o resultado do fenômeno aprendido pelos operadores da norma à luz de valores que, teoricamente, seriam os mais necessários, naquele período e naquele espaço, para serem legalizados.

Embora na concepção realiana o direito natural resulte de um processo historicista-axiológico — e não como na visão tomista, em que independe da história, porque inerente ao ser humano — reconhece que o vigor e o permanente ressurgir do direito natural decorrem de que, no ser humano, o “ser” implica um permanente “dever ser”.⁴

³ Nos fundamentos de sua teoria tridimensional, Miguel Reale ensina: “Nas últimas quatro décadas o problema da tridimensionalidade do Direito tem sido objeto de estudos sistemáticos, até culminar numa teoria, à qual penso ter dado uma feição nova, sobretudo pela demonstração de que:

a) onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica, etc.); um valor, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma regra ou norma, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor;

b) tais elementos ou fatores (fato, valor e norma) não existem separados um dos outros, mas coexistem numa unidade concreta;

c) mais ainda, esses elementos ou fatores não só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo (já vimos que o Direito é uma realidade histórico-cultural) de tal modo que a vida do Direito resulta da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram” (*Lições Preliminares de Direito*. José Bushatsky Editor. 1974, p. 74).

⁴ Ives Gandra da Silva Martins Filho assim resume a lição de São Tomás Aquino sobre as diversas leis: “h) Ética – ‘*recta ratio agibilium*’ (agir de acordo com a natureza racional, que é o princípio de operações – ‘*agere sequitur esse*’). Livre-arbítrio orientado pela consciência (sínderese – capacidade inata de, intuitivamente, captar os ditames da ordem moral, cujo primeiro postulado é ‘faz o bem e evita o mal’).

Lei Eterna - é o plano racional de Deus que ordena o Universo (Sabedoria Divina que dirige todas as coisas ao seu fim).

Lei Natural – ‘*participatio legis aeternae in rationali creatura*’ (aquilo a que o homem é levado a fazer pela sua natureza racional). Resume-se nos 10 mandamentos e é cognoscível através da razão por todos os homens, pautando seu agir.

Lei Positiva - feita pelo homem para possibilitar a vida em sociedade (deve estar de acordo com o direito natural, sob pena de ser injusta, não obrigando ao seu cumprimento). Por dedução da lei natural, gera o ‘*jus gentium*’ e por especificação das normas gerais dá origem ao ‘*jus civile*’.

Lei Divina - revelada por Deus (os 10 Mandamentos).

Discípulo do ilustre filósofo nos bancos acadêmicos e admirador de sua monumental obra, em um ponto apenas, por ser tomista, meu posicionamento segue caminho não diverso, mas paralelo, que, por conseqüência, não oferta resultado diferente. É que os valores que o processo histórico perpetua, a meu ver, não decorrem de uma elaboração evolutiva do ser humano, mas de singela descoberta daquilo que lhe é próprio, ou seja, de direitos que lhe são inerentes, independentes da história e do Estado, pelo simples fato de existirem. Nascem tais direitos com o próprio ser humano, cabendo ao Estado e à história apenas reconhecê-los. E o permanente renascer a que se refere o ínclito mestre decorre da realidade na qual, muitas vezes, a história, o direito positivo e o Estado passam por períodos de obscurantismo, quando os valores que os influenciam e as normas que deles decorrem são afastados, por incômodos, como ocorreu na Alemanha de Hitler, na Cuba de Fidel Castro, no Chile de Pinochet, no Iraque de Saddam Hussein, na Rússia de Stalin e diria mesmo nos campos de concentração de Bush em Abu-Ghraib e Guantánamo.⁵

O direito positivo, que não se opõe ao núcleo de princípios próprios do direito natural — e são estes princípios um feixe pequeno de normas permanentes e imutáveis —, pode, em princípio, tudo “criar”, embora apenas “reconheça” o que é inerente às leis de direito natural, pois ínsito ao próprio ser humano.

É interessante que Hart, ao formular uma concepção do Direito mais vinculada à sua faceta normativa, é obrigado a reconhecer que há um núcleo pequeno de normas de direito natural que o direito positivo de qualquer país não pode esquecer, embora ao elencar os cinco campos de atuação do direito natural os restrinja à mera constatação histórica de sua imutabilidade.⁶ E Norberto Bobbio, que muitas vezes parece ser um “jusnaturalista

Justiça - disposição constante da vontade de dar a cada um o que é seu (*'suum cuique tribuere*): Comutativa - entre iguais (contratos); Distributiva - do soberano aos súditos; Legal - dos súditos para com o soberano” (*Manual Esquemático de História da Filosofia*. Ed. LTR. 1997, p. 93).

⁵ Escrevi: “René Cassin, principal autor da Declaração Universal dos Direitos Humanos, esclareceu que ‘não é porque as características físicas do homem mudaram pouco desde o começo dos tempos verificáveis que a lista de seus direitos fundamentais e liberdades foi idealizada para ser fixada permanentemente, mas em função da crença de que tais direitos e liberdades lhe são naturais e inatos’ (*Human Rights since 1945: An Appraisal, The Great Ideas*. Ed. Britannica, 1971 p. 5).

Uma reflexão sobre a justiça pode perfeitamente principiar por estas palavras do grande jusfilósofo francês.

“A justiça é, fundamentalmente, aspiração do ser humano, que nasce com ele, acompanha-o durante toda a vida e não desaparece quando ele morre. A aspiração de justiça do ser humano transcende sua própria morte, como também é anterior à sua existência. Sempre que ouvimos falar de Justiça, consideramo-la a partir dos poderes do Estado em administrá-la, não poucas vezes correndo o risco de reduzi-la à mera prestação jurisdicional, que, embora relevante, não esgota sua concreção fenomênica” (*Caderno de Direito Natural* nº 1. 1ª. ed. CEJUP, Belém – PA: 1985, p. 21).

⁶ São a saber:

1. necessidade de proteção à vulnerabilidade humana;
2. a redução das desigualdades sociais;
3. a conformação do limitado altruísmo do ser humano, nem anjo, nem demônio;

envergonhado” em reconhecer tal postura, é obrigado a superar seu materialismo filosófico no Direito, ao buscar na Ciência que o estuda ou na especulação filosófica do direito positivo os fundamentos de uma postura quase que naturalista.⁷ Não podendo desconhecer a existência de valores permanentes a influenciar o direito positivo, prefere dividir o Direito em três compartimentos de baixa interação e alta separação, apenas em um deles admitindo a especulação jusnaturalista (teoria da norma, teoria do ordenamento, teoria da ciência jurídica).

Entendo que o direito natural, numa visão escolástica, é o verdadeiro cerne do Direito, dele derivando todas as regras permanentes dos valores inseridas nas normas positivas.⁸ E nesta percepção, a deontologia jurídica passa a representar a própria razão de ser de toda a ciência do Direito e de toda a norma aplicada.

Ora, a ética, cuja definição mais adequada me parece ser *“la Etica es la parte de la filosofia que estudia la moralidad del obrar humano; es decir, considera los actos humanos en cuanto son buenos o malos”*⁹, está na própria conformação do direito natural, visto que permeia todos os valores definitivos que devem estar integrados nas normas positivas¹⁰.

Todo o sistema jurídico que diminui a relevância da questão ética, tornando tal valor despiciendo, tende a não respaldar os reclamos da sociedade, a tornar o Estado que o

4. a valorização dos recursos escassos de produção de bens na terra;

5. a criação de sistema sancionatório capaz de permitir o cumprimento das leis” (H.L.A. Hart. *The concept of Law*. Ed. Clarendon Law Series. Oxford University Press. New York: 1961, London, p. 121)

⁷ Norberto Bobbio, Teoria das Formas de Governo (Ed. Universidade de Brasília, 1976), volta a desvendar este viés “jusnaturalista atimidado” nos livros *A Era dos Direitos* (Ed. Campos, 1992) e *Estudos sobre Hegel* (Ed. Brasiliense, 1995).

⁸ C. Fabro, F. Ocariz, C. Vansteenkiste e A. Livi escrevem: *“Se puede entender así también otro aspecto fundamental: las verdaderas razones y finalidades de la convivencia humana están en dar a cada persona singular la posibilidad de difundir en los demás su propio bien y de ser ayudado por los demás (cfr. in III Polit., 5). De todo esto se puede deducir fácilmente cómo el bien común temporal de la sociedad humana no consiste solamente en el bienestar material: antes está el bien espiritual, y el bien material alcanza su verdadero sentido humano precisamente en su ordenación al bien espiritual. Este bien espiritual no es otra cosa que la virtud moral, que establece entre los hombres no solamente la justicia, sino también la amistad, que es lo contrario de la pretensión de mejorar la sociedad a través de la lucha o el conflicto, que separan a los hombres entre sí (cfr. In VIII Ethic. 1)”* (Las razones del Tomismo. Ed. Eunsá. Pamplona: 1980, p. 76).

⁹ LUÑO, Angel Rodriguez. *Etica*. Ed. Eunsá. Pamplona: 1984, p. 17.

¹⁰ Angel Rodriguez Luño lembra que: *“La Etica es una ciencia práctica, porque no se detiene en la contemplación de la verdad, sino que aplica ese saber a las acciones humanas”*. Mientras las ciencias especulativas se limitan a conocer realidades que no dependen de la voluntad humana, la Etica se ocupa de la conducta libre del hombre, proporcionándole las normas necesarias para obrar bien. Es por ello una ciencia normativa, que impera y prohíbe ciertos actos, puesto que su fin es el recto actuar de la persona humana. Aristóteles afirma que no estudiamos Etica ‘para saber qué es la virtud, sino para aprender a hacernos virtuosos y buenos; de otra manera, sería un estudio completamente inútil’. Por eso, la voluntad juega un papel importante en la adquisición del saber moral: no es fácil considerar el recto orden de las acciones si la voluntad no está dispuesta a aceptarlo. Quien no quiere vivir rectamente no puede llegar al fin de esta ciencia y, por eso mismo, no conseguirá entenderla bien. La influencia de la voluntad es aún más decisiva en el conocimiento moral particular (conciencia y prudencia)” (Etica, ob. cit. p. 20).

produziu menos democrático, quando não totalitário, e termina por durar tempo menor que os demais ordenamentos que a reconhecem.¹¹

No Direito brasileiro, concretamente, tais valores são inerentes a inúmeras disposições, a começar pelos títulos I e II da Constituição Federal, em que, em diversos artigos, o Estado se compromete a atender, na sua função de entidade a serviço da sociedade, o povo em suas necessidades primeiras para torná-lo solidário e para que possa usufruir do bem-estar social e individual.¹²

Os “fundamentos” da nação estão nos artigos 1 a 4, e os direitos individuais e coletivos, abrangendo os sociais e políticos, estão no Título II. Exteriorizam estes, os direitos fundamentais e inerentes ao direito natural, como aqueles à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e, como direito natural secundário, à propriedade.¹³

Todos os artigos do 5º ao 17º são embebidos de normas de direito natural, mesmo quando apenas especificam caminhos para seu exercício.¹⁴

¹¹ Escrevi: “Entendo que a visão mais correta é aquela que concebe o direito natural como inerente à condição humana. O homem nasce com certos direitos, que não vem a receber por mera repetição de fatos históricos que os valorize, mas tal repetição decorre do reconhecimento de sua inerência. Por esta razão, tais direitos são imutáveis, e não circunstanciais. Em verdade, tal polêmica esgota-se no rigor de sua conformação, visto que ambas as correntes entendem que os direitos principais, pertinentes a cada ordenamento jurídico, são de direito natural, e não criação do direito positivo, que ao não reconhecê-los perde a legitimidade própria de sua força impositiva e reduz sua capacidade de permanência no tempo. A teoria do alcance da norma injusta reserva-lhe pouca extensão e durabilidade” (*A vida dos direitos humanos - Bioética Médica e Jurídica*. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre: 1999, p. 132).

¹² O artigo 3º da Constituição Federal está assim redigido:

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I. construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II. garantir o desenvolvimento nacional;

III. erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV. promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

¹³ O “caput” do artigo 5º tem a seguinte dicção: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: ...”.

¹⁴ Escrevi: “A atual Constituição brasileira é prenhe de defeitos, que, em conferências, livros e artigos, procurei enfatizar, objetivando colaborar com a reflexão nacional sobre os pontos a serem revistos em 1993. É, todavia, uma Constituição com muitos méritos, manifestadamente democrática e voltada mais para a sociedade do que para o Estado. A Constituição de 1988 quebra autoritária tradição legislativa, iniciada em 1964 com o Ato Institucional nº 1, que introduziu diversas emendas à Constituição de 1946, e com a Constituição de 1967, que, por sua vez, recebeu 27 emendas até 5 de outubro de 1988. No sistema constitucional anterior, a nota dominante residia na visão de seus autores de que o povo não estava preparado para exercer a escolha dos gestores maiores do País, razão pela qual, por intrincado sistema de prevalência dos interesses dos detentores do poder sobre as aspirações da nação, caberia aos governos determinarem o que seria bom ou mau para a sociedade, sem necessariamente consultá-la a respeito. À evidência, dos primeiros atos institucionais às sucessivas emendas à Constituição, na década de 80 houve sensível abrandamento de tal visão elitista, que terminou por desaguar na Emenda Constitucional nº 26/85, geradora de uma Assembléia Nacional Constituinte, a meu ver, não originária, mas derivada, à falta de ruptura institucional para sua convocação. E a Constituição resultante, de rigor, transformou-se na desembocadura das grandes aspirações do povo, nada obstante as imperfeições detectadas e denunciadas por parcela considerável dos juristas brasileiros. Ora, a evidente conquista de uma Carta Magna que recolocava o Estado a serviço da sociedade e

É, todavia, no capítulo da Administração Pública, que está a serviço da sociedade, onde mais clara fica a imposição da “necessidade ética”, no exercício da honrosa função de servir a sociedade — muitas vezes distorcida, no país, pelo corporativismo que permeia mais os direitos e menos os deveres dos servidores públicos, mesmo que tais “direitos” que se auto-outorgam sacrifiquem excessivamente o povo —, pois este princípio é colocado entre os cinco mais relevantes da administração pública, a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.¹⁵

Tendem os positivistas a ler a referência constante do “caput” do art. 37 da CF com a dicção seguinte: “A Administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e, também, ao seguinte:....” Apenas uma “moralidade” consistente em cumprir o que está na lei, sem que o servidor se questione ou se coloque o problema da lei inconstitucional ou da interpretação integrativa, assim como a rigorosa hierarquia fundamental, que obrigue o subordinado a obedecer a ordem arbitrária, ilegal e inconstitucional, pelo simples fato de ser subordinado. A “moralidade”, nesta visão, portanto, seria a de obedecer “servilmente” o superior, inclusive o legislador inconstitucional, pois nenhuma flexibilidade ser-lhe-ia outorgada à luz de tal concepção¹⁶.

não a sociedade a serviço do Estado teria que possuir algumas características diferenciadas a marcar o perfil de um Brasil Novo constitucional, e não apenas, por razões políticas, de um Brasil Novo circunstancial” (*As garantias do cidadão na justiça*. Ed. Saraiva. 1993, p. 53).

¹⁵ Escrevi: “O princípio da moralidade administrativa é o mais relevante princípio da Administração. O artigo 37 da Constituição Federal contém quatro princípios fundamentais a conformar o perfil de administrador público. São a saber: os princípios da legalidade, da moralidade, da publicidade e aquele da impessoalidade. Um exame mais pormenorizado dos quatro princípios demonstra que, de rigor, todos terminam por desaguar na moralidade pública. O princípio da legalidade reveste todo o sistema jurídico do país. O artigo 5º, inciso I da Constituição Federal elenca, como seu alicerce, a obediência à lei, que, nos regimes democráticos, aprovada pelos representantes do povo, garante a ordem, oferta segurança e protege os cidadãos. Dizer, pois, que os administradores devem cumprir a lei é reiterar formulação essencial e postada no mais relevante artigo da Constituição Federal, que é voltada ao cidadão mais do que àqueles que o devem servir. Por outro lado, determinar que o administrador público deve ser impessoal, pois está à disposição da sociedade, não podendo privilegiar amigos, parentes ou interesses em detrimento do bem servir, é afetar faceta da ética administrativa, sendo, pois, a impessoalidade dimensão parcial da moralidade. O mesmo se dá com o princípio da publicidade. Exceção feita às questões de segurança nacional, os atos administrativos devem ser transparentes, não se admitindo decisões escusas, resoluções de gaveta, visto que o administrado não pode desconhecer as regras da Administração. O princípio da moralidade administrativa, portanto, é princípio essencial. O mais relevante, aquele que se destaca de forma absoluta. Que torna a Administração confiável perante a sociedade e que faz do administrador público um ser diferenciado. Quem presta concurso para servir ao povo, sabe de antemão que sua probidade deverá ser absoluta, pois seu exemplo é fundamental para que as instituições sejam estáveis. Por esta razão, houve por bem o constituinte tornar o princípio da moralidade o mais relevante do concerto daqueles que perfilam a administração pública, não havendo setor desta, direta ou indireta, que não deva ser por ele revestido” (*Pesquisas Tributárias - Nova Série 2*, 2ª ed. Co-ed. CEU/Revista dos Tribunais. 1998, 17/19).

¹⁶ Vicente Cernicchiaro ensina: “A ‘moralidade’ administrativa, ao ser consagrada na Constituição da República, não obstante o *nomen iuris*, embora conservando as características próprias da moral, foi ‘juridicizada’. Como se repete, à semelhança de tudo que Rei Midas tocasse, ouro se tornava, tudo que cai no Direito, jurídico se torna. A moralidade, assim, foi absorvida como princípio jurídico da administração Pública. A moralidade administrativa está

Não é, todavia, a postura da maioria da doutrina brasileira, tendo eu mesmo, no simpósio que coordenei sobre a matéria no Centro de Estudos de Extensão Universitária, coordenado também livro para o evento, em que a grande maioria se colocava em postura mais abrangente, entendendo que a “moralidade pública”, isto é, aquela ética a que o servidor deve se submeter, é uma “moralidade” que lhe permite apenas agir, se claro ficar que sua atuação é ética, adequada, jurídica e legal.¹⁷

O arbítrio, portanto, está definitivamente afastado pela Constituição do direito administrativo. A ética, por outro lado, permeia outros campos da Constituição, influenciando os princípios maiores do Direito brasileiro.

A ética conforma o Título IV dos poderes, incluindo mecanismos para punir o político, o burocrata ou o magistrado aético, até mesmo permitindo que o Congresso julgue o Presidente da República ou autorize, em crimes comuns, que o Poder Judiciário julgue-o e aos próprios parlamentares.¹⁸

intimamente ligada ao *détournement du pouvoir* dos franceses”. Marcelo Caetano, com a clareza de sempre, ao tratar da moralidade administrativa, menciona que “o órgão administrativo abusa do poder discricionário para alcançar fins de mero interesse particular. Compreende também quando o administrador atua para atingir um fim específico, é postergado e substituído por outro, embora de interesse público também” (CAETANO, Marcelo. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo* Forense. Rio: 1977, p. 178/179).

José Afonso da Silva menciona Hauriou: a moralidade administrativa consiste no conjunto de regras de condutas tiradas da disciplina da Administração. O professor paulista acrescenta: “Quando sua execução é feita, p.ex., com o intuito de favorecer alguém deliberadamente, ou com intuito de favorecer alguém, por certo que está produzindo um ato ‘formalmente’ legal, mas ‘materialmente’ comprometido com a moralidade administrativa” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 5ª ed. Ed. Revista dos Tribunais. 1989, p. 563) (*Pesquisas Tributárias* - Nova Série 2, ob. cit.)

¹⁷ O livro *O princípio da moralidade no direito tributário* (Pesquisas Tributárias Nova Série 2, Ed. Centro de Extensão Universitária e Ed. Revista dos Tribunais, 1996) teve como colaboradores os seguintes autores: Antonio Manoel Gonzalez, Aristides Alvarenga, Celso Bastos, Diva Malerbi, Elizabeth Libertucci, Gabriel Troianelli, Gustavo Miguez de Mello, Hugo de Brito Machado, Ives Gandra da Silva Martins, José Eduardo Soares de Melo, José de Oliveira Messina, Luiz Vicente Cernicchiaro, Maria Helena Tavares Pinho Tinoco Soares, Maria Tereza de Almeida Rosa Cárcamo Lobo, Marilene Talarico Martins Rodrigues, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho, Paulo de Lorenzo Messina, Plínio José Marafon, Valdir de Oliveira Rocha, Vittório Cassone e Wagner Balera

¹⁸ Sobre o direito anterior, José Celso de Mello Filho escreve a respeito dos crimes de responsabilidade: “São infrações político-administrativas, definidas na legislação federal, cometidas no desempenho da função, que atentam contra a existência da União, o livre exercício dos Poderes do Estado, a segurança interna do país, a probidade da administração, a lei orçamentária, o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais e o cumprimento das leis e das decisões judiciais. Esses ilícitos político-administrativos, cuja prática legitima a imposição de sanção política, submetem-se por inteiro ao princípio da reserva legal ou da tipicidade. *Nullum crimen sine praevia lege*, *Nullum crimen sine typo*. Os crimes de responsabilidade, definidos em lei federal, ainda quando simplesmente tentados, justificam a imposição de sanção política, consistente na desqualificação funcional do agente (perda do cargo mais inabilitação temporária para o exercício de qualquer função pública, eletiva ou de nomeação). Observa-se que a imposição dessa sanção política não exclui o processo e julgamento do acusado por infração penal comum” (*Constituição Federal Anotada*. Ed. Saraiva. 1984, p. 201/202).

No campo do direito tributário (Título VI), inúmeros princípios de conteúdo ético perfilam os artigos 145 a 164, os mais relevantes sendo os princípios de igualdade, de respeito à capacidade contributiva e do não-confisco.¹⁹

O mesmo se diga no Título VIII, que cuida da ordem social, em que a Seguridade Social, a educação, a cultura, a comunicação social, o meio ambiente e a família têm um notável enquadramento de princípios éticos a orientar os elaboradores da lei infraconstitucional e seus aplicadores a agir no interesse da comunidade e do ser humano.²⁰ Destaco um artigo voltado para a criança, que é o de número 227:

¹⁹ O artigo 150 da CF tem a seguinte dicção: “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I. exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

II. instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

III. cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

IV. utilizar tributo com efeito de confisco;

V. estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalva a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo poder público;

VI. instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

b) templos de qualquer culto;

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão”.

²⁰ Escrevi sobre o artigo 221 inciso IV da CF assim redigido “IV. respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”, o seguinte: “O inciso IV do artigo 21 é de longe o mais violentado artigo da Constituição Federal, no curso destes 9 anos de sua existência. Diariamente, hora a hora, em quase todas as emissoras de televisão em todas as regiões do país, os valores éticos e sociais da pessoa e da família são denegados por uma programação deletéria, que corrói, vilependia, desagrega, esfacela, destrutura todos os esforços que pais e educadores não contaminados fazem para dar um conteúdo ético à pessoa e à família, que é a célula fundamental da sociedade. Ouvi, em Portugal, no ano retrasado (1995 - Setembro), quando proferi palestra sobre o espaço comunitário cultural lusíada, de algumas senhoras presentes que a invasão das novelas brasileiras defensoras do adultério, divórcio, mau-comportamento familiar, pederastia, drogas, homossexualismo, etc. fazia-as identificar a população brasileira com o apodrecimento da sociedade estampado em tais manifestações ‘culturais’. Em outras palavras, a Europa passou a conhecer o Brasil pelas novelas e a identificar aquela realidade deturpada como se fosse a realidade brasileira, sem perceber que a grande maioria das famílias brasileira não se desagregou. Dir-se-á que tais programas apodrecidos são produzidos porque têm público. A verdade, todavia, é que tais programas manipulam a sociedade, criando hábitos viciados, sendo os responsáveis, à falta de alternativa, pela deterioração dos costumes, que começa a respingar em parte da família brasileira, contaminada pela apologia do esgarçamento das instituições, que tais programas sugerem. Da mesma forma que o viciado em drogas, que mesmo sabendo o mal que elas representam não consegue delas se livrar, a droga das novelas, uma vez viciando seus consumidores, torna-os tão dependentes quanto aqueles dos entorpecentes. Ao juntarmos uma fruta podre a uma boa, não é a podre que fica boa, mas a boa que fica podre. O dispositivo impõe o respeito aos valores éticos e sociais da família e da pessoa humana. As programações diárias desrespeitam todos os valores éticos — nem sabem, seus produtores, o que é ético nas programações — e sociais, tanto da pessoa quanto da família. Exige, portanto, coragem cívica por parte dos governantes, tentar corrigir tal distorção, visto que o receio de ficar mal com a mídia dificulta a defesa dos valores sociais e familiares” (*Comentários à Constituição do Brasil*. 8º volume. Ed. Saraiva. 1998, p. 851/853).

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.²¹

É, todavia, na Economia, ou na ordem econômica, que claro fica que os princípios éticos a nortear o Direito são inerentes à própria Economia, valorizando o constituinte, o trabalho e a iniciativa privada, vedando o abuso do poder econômico, incentivando a livre concorrência, procurando dar tratamento preferencial às empresas de pequeno porte, cuidando da utilização racional da terra, não permitindo ao Estado atuar, a não ser excepcionalmente, na área que é própria do setor privado, reduzindo os monopólios estatais. Todos dispositivos objetivam criar um país mais competitivo e capaz de gerar um Estado do bem-estar social para a sociedade brasileira.²²

²¹ Escrevi sobre este artigo o que se segue: “O artigo 227, se aplicado, tornaria o país uma pátria de homens santos e generosos, superior à ilha da ‘Utopia’, idealizada por Thomas More, no relato de Rafael. Família, sociedade, Estado assegurariam — a Constituição fala em deveres, e não em faculdades — à criança e ao adolescente — o constituinte acentua com prioridade — direitos naturais fundamentais. Tais direitos são o direito à vida, o mais essencial direito do homem em sociedade — por esta razão a Constituição veda a pena de morte, a eutanásia e o aborto —, à saúde, à alimentação, direitos de subsistência fundamentais, à educação, ao lazer, à profissionalização e à cultura, todos relevantes para o desenvolvimento das potencialidades humanas em todas as suas aptidões, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. São direitos de particular importância para a realização plena do cidadão. Como se percebe, o elenco daquilo que represente dever da família, da sociedade e do Estado não poderia ser mais completo. No direito à liberdade, em sua ampla extensão, está aquele de adorar o seu Deus, o que lhe dá, inclusive, pelo livre arbítrio, o direito de negá-lo. Não contente, o constituinte, em enunciar tais direitos e elencá-los como prioritários, enuncia a obrigação de o Poder Público garantir a criança e o adolescente contra toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão por parte de terceiros. O próprio legislador infraconstitucional veiculou, na linha do constituinte, legislação objetivando ofertar a proteção superior, pela lei nº 8069 de 13/7/1990, que explicita quais são os direitos fundamentais do Estatuto da Criança e do adolescente, assim como a forma de garanti-lo (direito à vida e saúde, artigos 7 a 14, direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, nos arts. 15 a 18, direito à convivência familiar e direitos comunitários, nos arts. 19 a 24). O certo, todavia, é que a boa intenção do constituinte e do legislador ordinário foi insuficiente até agora para ofertar as garantias expressas no artigo, pouca verba sobrando para as atividades sociais do Governo, em face de notável desperdício. Muitas vezes se tem notícia de que a corrupção desvia recursos orçamentários, direcionando-os para projetos mais de ‘interesse exclusivo dos políticos’ do que da comunidade. Um dia, talvez, prevalecendo outra mentalidade política, o artigo 227 torne-se realidade fática e não apenas uma ‘aspiração constitucional’” (*Comentários à Constituição do Brasil*. ob. cit., p. 972/974).

²² O artigo 170 contém o seguinte discurso: “Art. 170 A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I. soberania nacional;
- II. propriedade privada;
- III. função social da propriedade;
- IV. livre concorrência;
- V. defesa do consumidor;
- VI. defesa do meio ambiente;
- VII. redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII. busca do pleno emprego;
- IX. tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país”.

E, à evidência, no § 4º do artigo 173, assim redigido: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”, conformou os três desvios que devem ser evitados, por ferir a ética empresarial, na exploração da atividade econômica.²³

A Economia tem os seus próprios caminhos, e não só o Estado deve respeitá-los, abstendo-se de criar obstáculos contrários à sociedade e de tributar de forma confiscatória ou injusta, como os próprios agentes econômicos não podem ferir as normas da livre concorrência, praticando atitudes abusivas, que desde a distante “Lei Sherman” dos Estados Unidos são combatidas em todo o mundo.

A ética no Direito e na Economia está bem delineada no texto constitucional brasileiro. Tem seu perfil retirado do direito natural e inserido como direito positivo, na ordem vigente. Lamentavelmente, o governo brasileiro em suas três esferas de atuação e nas 5.500 entidades federativas não tem respeitado a Constituição, nem os princípios éticos que a conformam ao servir à sociedade, sendo grande parte da crise brasileira decorrente desta atuação aética e *pro domo sua*, que influenciou políticos e burocratas na administração do país nos últimos dez anos. Que o futuro ofereça melhores quadros de servidores, administradores com maior senso de responsabilidade e espírito público, e que estejam, governo e povo, dispostos a construir, eticamente, o futuro do país. E que os políticos no poder, que de há muito abandonaram qualquer reflexão sobre a matéria, voltem a pensar exclusivamente em servir à nação e não aos seus mesquinhos e aéticos impulsos e desejos inescusáveis.

²³ Celso Ribeiro Bastos comenta: “O poder econômico surge naturalmente da organização da atividade de prestação de serviços e geração de bens. Esta atividade dá lugar ao lucro, ao dinheiro; portanto, este poder, sem dúvida, sempre teve grande influência em qualquer tempo histórico. É fonte de poder também na medida em que a empresa moderna emprega muitos homens. Da mesma maneira que se torna um agente no processo econômico, responsável muitas vezes por compras e aquisições gigantescas. Tudo isto conduz a um extravasamento do poder, que não é na verdade reprimido pela Constituição. Tem-se como normal o exercício destes poderes econômicos, sobretudo porque se supõe que são contratados por iguais poderes nas mãos de empresas concorrentes. Este poder é que poderíamos chamar de normal ou não-abusivo, porque controlado pela concorrência. O que o Texto Constitucional manda a lei reprimir é o poder exercido visando a deturpação destas leis de mercado. Destarte, exsurtem duas sortes de poderes: aquele submetido a igual poder da concorrência e aquele outro que visa subjugá-la, esmagá-la, aniquilá-la ou de qualquer forma nulificá-la, ao menos para abrir-lhe o caminho dos lucros fora do comum” (*Comentários à Constituição do Brasil*. 7º volume. Ed. Saraiva. 1990, p. 94).